



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2013-05-20
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
982-13 E
Enhet 1

SÖKANDE

ISPM Europé AB, 556750-1373

Ombud: Advokaterna Hampus Ek och John Hane
Foyen Advokatfirma AB
Box 7229
103 89 Stockholm

MOTPART

Västerås stad

Ombud: Stadsjurist Åsa Olsson
Västerås kommun
721 87 Västerås

KONKURRENSVERKET	
2013-05-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att en ny anbudsprövning av ISPM:s anbud i kvalificeringsfasen genomförs i enlighet med domskälen.

BAKGRUND

Västerås stad (kommunen) har genomfört en upphandling genom öppet förfarande gällande klottersanering, dnr 2012/439-TPS-061 (upphandlingen). Genom tilldelningsbesked den 15 februari 2013

tilldelades L-E Plåtslageri & Fastighetservice i Västerås AB kontrakt.

YRKANDEN M.M.

ISPM Europé AB (ISPM) ansöker nu om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att kommunen vidtar en ny anbudsprövning varvid ISPM:s anbud befinner sig uppfylla samtliga i upphandlingen ställda krav och dess anbud därmed tas upp till utvärdering.

ISPM yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Kommunen motsätter sig ansökan om överprövning i dess helhet.

OMSTÄNDIGHETER

ISPM anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Kommunen har genom att inte uppta ISPM:s anbud till utvärdering, trots att ISPM uppfyllt samtliga ställda skall-krav i upphandlingen, agerat i strid med likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU.

ISPM har utformat sitt anbud helt i enlighet med förfrågningsunderlaget. Kommunen har dock uteslutit ISPM:s anbud från en vidare utvärdering eftersom ISPM inte bedömdes uppfylla skall-kravet i SK 2 i förfrågningsunderlaget om kreditvärdighet. Enligt ISPM:s anbud anlitar ISPM för uppdragets genomförande underentreprenören Klotterkonsulten AKS AB (Klotterkonsulten). ISPM har i sitt anbud åberopat detta företags ekonomiska resurser. Därtill har företrädare för Klotterkonsulten skrivit under den inlämnade anbudsbeskrivningen och åtagande. Det följer av

11 kap. 12 § LOU att leverantör får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Till ansökan har bifogats kreditvärdering och årsredovisning avseende Klotterkonsulten. Kreditvärderingen visar på mycket god kreditvärdighet. Ett skriftligt åtagande som det som nu är föremål för prövning är i själva verket vanligt i detta sammanhang. Det ska också framhållas att ISPM för annat kontrakt redan är leverantör till kommunen som då godkänt den med vad som offererats i denna upphandling identiska konstellation. För det fall ISPM:s anbud hade utvärderats hade ISPM utvärderats till vinnanden anbudsgivare, vilket medför att ISPM har lidit skada i upphandlingen.

ISPM anför till stöd för sitt andrahands yrkande att det inte framgår av förfrågningsunderlaget hur prövningen av skall-krav i SK 2 i förfrågningsunderlaget skulle ske. Informationen är bristfällig och leder till att bristen på transparens är uppenbar och prövningen av kravets lydelse blir därmed godtycklig. Underlaget strider således mot transparensprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU. ISPM, som om innebörden av ställt krav varit känd på förhand, hade kunnat inge ett mer attraktivt anbud har därmed lidit skada.

Kommunen anför till stöd för sin inställning bl.a. följande. I det aktuella fallet har ISPM för att kunna fullgöra det aktuella skall-kravet åberopat företaget Klotterkonsultens ekonomiska kapacitet. Enligt kommunens uppfattning innebär inte lämnat åtagande från Klotterkonsulten att ISPM förfogar över Klotterkonsultens ekonomiska kapacitet. För det första tyder skrivningen på att det är Klotterkonsulten som avgör om åtagandet kan tas i anspråk i händelse av ekonomiskt trångmål hos ISPM. För det andra tyder skrivningen, framförallt användningen av ordet bistånd, på att det inte går att räkna med att Klotterkonsultens åtagande fullt ut kommer att svara mot eventuella ekonomiska brister hos ISPM som hindrar ett genomförande av

uppdraget. Enligt kommunens uppfattning ligger alltså i ordet bistånd en möjlig begränsning av åtagandet. Klotterkonsultens garanti kan därför inte godtas som ett ekonomiskt åtagande i den mening som avses i 11 kap. 12 § LOU. Enligt kommunens mening måste Klotterkonsultens åtagande vara ovillkorligt. Kommunen måste alltså kunna räkna med att Klotterkonsultens åtagande kan tas i anspråk och att det fullt ut kommer att svara mot eventuella ekonomiska brister hos ISPM som hindrar ett genomförande av uppdraget. Det måste inte utgöras av ett proprieborgensåtagande eller en moderbolagsgaranti men vara ovillkorligt i den mening som beskrivits enligt ovan. Klotterkonsultens åtagande motsvarar, som redan nämnts, inte de kraven.

Enligt SK 2 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivare ha en organisation med ekonomiska resurser som säkerställer att uppdraget kan genomföras. För att uppfylla kravet ska anbudsgivaren kunna påvisa en ekonomisk ställning som motsvarar branschsnittet eller högre, dvs. kreditbetyg 3 eller högre på en femgradig skala, alternativt på annat sätt kunna visa att på god ekonomisk ställning och god överlevnadsförmåga på lång sikt med bibehållen kompetens och kapacitet.

Enligt kommunens uppfattning framgår det av denna skrivning med önskvärd tydlighet hur prövningen av anbudsgivarnas ekonomiska ställning kommer att ske. Det är således förutsebart och öppet och det är svårt att se hur det kunde ha beskrivits på ett mera transparent sätt. Att ett åtagande liknande Klotterkonsultens skulle inkomma i upphandling gick naturligtvis inte för kommunen att förutse. Följaktligen gick det inte heller att beskriva hur prövningen av ett sådant åtagande skulle gå till, vilken knappast heller kan krävas upphandlingsrättsligt.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling i anledning av de grunder ISPM har anfört.

Likabehandlingsprincipen

ISPM har gjort gällande att kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU genom att inte uppta ISPM:s anbud till utvärdering, trots att ISPM uppfyllt samtliga skall-krav i upphandlingen. Kommunen har inte godtagit ISPM:s åberopande av annan leverantörs ekonomiska kapacitet i syfte att uppfylla skall-kravet om kreditvärdighet i SK 2 i förfrågningsunderlaget. I skall-krav SK 2 i förfrågningsunderlaget anges följande.

Anbudsgivaren ska ha en organisation med ekonomiska resurser som säkerställer att uppdraget kan genomföras. I denna upphandling innebär det att Anbudsgivaren ska kunna påvisa en ekonomisk ställning som motsvarar branschsnittet eller högre, dvs. kreditbetyg 3 eller högre på en femgradig skala, alternativt på ett annat sätt kunna visa att man har en god ekonomisk ställning och god överlevnadsförmåga på lång sikt med bibehållen kompetens och kapacitet.

Västerås stad kommer att göra en individuell och sammanvägd bedömning av Anbudsgivarens ekonomiska ställning. Detta innebär att påvisad kreditvärdighet hos ett kreditupplysningsinstitut inte utgör en garanti för att Västerås stad bedömer den Anbudsgivarens ekonomiska ställning som godtagbar vid den individuella bedömningen.

Västerås stad använder Syna för prövning av kreditvärdighet. Om anbudsgivaren vill åberopa annan kreditvärdering ska sådan bifogas anbudet.

Av 11 kap. 12 § LOU framgår att en leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Det framgår vidare av bestämmelsen att leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Det är således leverantörens sak att bedöma om det finns behov av att återopa andra leverantörers förmåga. I målet är ostridigt att ISPM själva inte uppfyller de kreditvärderingskrav som uppställs i skall-krav SK 2 i förfrågningsunderlaget. ISPM har dock i sitt anbud återopat Klotterkonsultens kapacitet för aktuellt uppdrag. Härmed inträder även en skyldighet för ISPM att visa att bolaget genom återopad underleverantör kommer att förfoga över nödvändiga resurser för aktuellt uppdrag. Av handlingarna framgår att företrädare för Klotterkonsulten har skrivit under inlämnad anbudsbeskrivning. I punkten 3.3 i inlämnad anbudsbeskrivning anges bl.a. följande.

ISPM avser att fullfölja ett ramavtal med Västerås stad med hjälp och stöd av Klotterkonsulten AKS AB, 556602-2132 som dels underleverantör samt återopar dess åtagande-garanti avseende;

- Organisation med ekonomiska resurser
- Ekonomisk ställning som motsvarar branschsnittet eller högre
- Teknisk och yrkesmässig kapacitet samt kompetens och erfarenhet att utföra uppdraget

I den av ISPM inlämnade "*åtagande-garanti*" avseende Klotterkonsulten – och som är undertecknat av företrädare för Klotterkonsulten – anges följande.

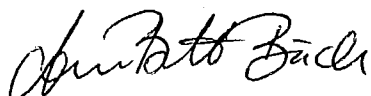
Klotterkonsulten AKS AB 556602-2132 åtar sig att arbeta som underentreprenör för ISPM Europé AB 556750-1373 i upphandlingen angående klottersanering för upphandlingen ramavtal klottersanering, 2012/439-TPS-061. Klotterkonsulten AKS AB kommer att bistå med såväl administrativt och tekniskt kunnande som maskinell och personell kapacitet samt om så erfordras ekonomiska bistånd.

Enligt förvaltningsrätten är det inte nödvändigt att ett åtagande utgörs av ett proprieborgensåtagande eller en moderbolagsgaranti utan ett åtagande kan exempelvis vara ett samarbetsavtal eller som i förevarande mål, ett ensidigt åtagande. Av ett sådant avtal måste dock klart framgå att anbudsgivaren har en faktisk möjlighet att förfoga över den återopade nödvändiga resursen (jfr C-176/98 Holst Italia SpA). Av förevarande

åtagande framgår i relevanta delar att Klotterkonsulten åtar sig att arbeta som underentreprenör i aktuell upphandling samt att de kommer att bistå med ekonomiskt bistånd om så erfordras. Enligt förvaltningsrätten har ISPM genom detta åtagande visat att de kommer att förfoga över åberopad nödvändig ekonomisk kapacitet när kontraktet ska fullgöras. Kommunen borde således även ha bedömt Klotterkonsultens kreditvärdighet vid prövningen av om ISPM uppfyllde skall-krav SK 2 i förfrågningsunderlaget. Genom att utesluta ISPM:s anbud i upphandlingen utan att ha prövat Klotterkonsultens kreditvärdighet har kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. ISPM har lidit skada eller riskerar härigenom att lida skada och således är förutsättningarna för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU uppfyllda. Det är tillräckligt med rättelse.

ISPM:s ansökan om överprövning ska således bifallas genom att upphandlingen ska rättas på så sätt att den får avslutas först sedan kommunen genomfört en ny anbudsprövning i kvalificeringsfasen i enlighet med ovan. För det fall ISPM:s anbud finnes uppfylla ställda skall-krav i kvalificeringsfasen ska anbudet tas upp till en ny utvärdering.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A LOU)



Ann-Britt Bäck

förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av Kristine Nilsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU